

الْفِقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدِلَّتُهُ

الشمول للأدلة الشرعية والآراء المنهجية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهمها الفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

تأليف

الدكتور وهيب الزحيلي

المجلد الرابع

النظريات الفقهية والعقود

دار الفكر

الفصل الثاني

الأموال

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع ، وهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالبيع والإيجار والشركة والوصية ونحوها . وهو أيضاً عنصر ضروري من ضرورات الحياة أو المعيشة التي لا غنى عنها للإنسان .

لذا سأذكر تعريف المال وأقسامه وما يقبل التملك منه وما لا يقبل ، ثم أبين تعريف الملك وأقسامه وخصائص كل قسم .

المبحث الأول - تعريف المال وإرثه :

تعريف المال - المال في اللغة : كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء أكان عيناً أم منفعة ، كذهب أو فضة أو حيوان أو نبات أو منافع الشيء كالركوب واللبس والسكنى . أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالاً في اللغة كالطير في الهواء والسمك في الماء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض .

وأما في اصطلاح الفقهاء ففي تحديد معناه رأيان :

أولاً - عند الحنفية : المال : هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة ، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين :

١ - إمكان الحيازة والإحراز : فلا يعد مالاً : ما لا يمكن حيازته كالأمور المعنوية مثل العلم والصحة والشرف والذكاء ، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء

الطلق^(١) وحرارة الشمس وضوء القمر.

٢- إمكان الانتفاع به عادة : فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً كلحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد ، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قمح أو قطرة ماء أو حفنة تراب ، لا يعد مالاً ، لأنه لا ينتفع به وحده . والعادة تتطلب معنى الاستقرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية ، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد (الخمصة) فلا يجعل الشيء مالاً ، لأن ذلك ظرف استثنائي .

وتثبت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم^(٢) ، فالخمر أو الخنزير مال لا انتفاع غير المسلمين بها . وإذا ترك بعض الناس تمول مال كالثياب القديمة فلا تزول عنه صفة المالية إلا إذا ترك كل الناس تموله .

وقد ورد تعريف المال في المادة ٦٢٦ من المجلة نقلاً عن ابن عابدين الحنفي^(٣) وهو : « المال : هو ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولاً كان أو غير منقول » .

ولكنه تعريف منتقد : لأنه ناقص غير شامل ، فالخضراوات والفواكه تعتبر مالاً ، وإن لم تدخر لتسرع الفساد إليها . وهو أيضاً بتحكيم الطبع فيه قلق غير مستقر : لأن بعض الأموال كالأدوية المرة والسموم تنفر منها الطبائع رغم أنها مال . وكذلك المباحات الطبيعية قبل إحرازها من صيود ووحوش وأشجار في الغابات تعد أموالاً ولو قبل إحرازها أو تملكها .

(١) أما الهواء المضغوط المعبأ في زجاجات فهو مال محرر .

(٢) البحر الرائق : ٢ / ٢٢٧ ، رد المحتار لابن عابدين : ٣ / ٤ .

(٣) رد المحتار : ٣ / ٤ .

ثانياً - وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضامه^(١) . وهذا المعنى هو المأخوذ به قانوناً ، فالمال في القانون هو كل ذي قيمة مالية .

الأشياء غير المادية - الحقوق والمنافع :

حصر الحنفية معنى المال في الأشياء أو الأعيان المادية أي التي لها مادة وجرم محسوس . وأما المنافع والحقوق فليست أموالاً عندهم وإنما هي ملك لا مال . وغير الحنفية اعتبروها أموالاً ؛ لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذاتها ، وهذا هو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وفي عرف الناس ومعاملاتهم ، ويجري عليها الإحراز والحيازة .

والمقصود بالمنفعة : هو الفائدة الناتجة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، ولبس الثوب ونحو ذلك .

وأما الحق : فهو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء . فهو قد يتعلق بالمال كحق الملكية وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي ، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضنة ، والولاية على نفس القاصر .

والمنافع ، والحقوق المتعلقة بالمال ، والحقوق المحضة كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين ليست أموالاً عند الحنفية ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، وإذا وجدت فلا بقاء ولا استمرار لها ، لأنها معنوية ، وتنتهي شيئاً فشيئاً تدريجياً .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية : إنها تعتبر مالاً ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلها

(١) قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل النفس وما أشبه ذلك (راجع الأشياء والنظائر للسيوطي . ص ٢٥٨ ، ط مصطفى محمد) .

ومصدرها ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ، ولولاها ما طلبت ، ولا رغب الناس بها .

ويترتب على هذا الخلاف بعض النتائج أو الثمرات في الغصب والميراث والإجارة . فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ، ثم رده إلى صاحبه ، فإنه يضمن قيمة المنفعة عند غير الحنفية ، وعند الحنفية : لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب شيئاً موقوفاً ، أو مملوكاً لغيره ، أو معدداً للاستغلال كعقار معد للإيجار كفندق أو مطعم ؛ لأن هذه الأملاك بحاجة شديدة للحفظ ومنع المدوان عليها . وهذا المعنى في الواقع موجود في كل المنافع ، فينبغي الإفتاء بالضمان في كل المغصوبات .

والإجارة تنتهي بموت المستأجر عند الحنفية ؛ لأن المنفعة ليست مالاً حق تورث ، وغير الحنفية يقولون : لا تنتهي الإجارة بموت المستأجر وتظل باقية حتى تنتهي مدتها .

والحقوق لا تورث عند الحنفية كالحق في خيار الشرط أو خيار الرؤية . وتورث عند غير الحنفية .

المبحث الثاني . أقسام المال

قسم الفقهاء المال عدة تقسيمات يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم ، وأكتفي ببيان أربعة تقسيمات ، أوضحها القانون المدني :

- ١ - باعتبار إباحة الانتفاع وحرمة إلى : متقوم وغير متقوم .
- ٢ - باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى : عقار ومنقول .
- ٣ - باعتبار تماثل أحاده أو أجزاءه وعدم تماثلها إلى : مثلي وقيمي .
- ٤ - باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقاءه إلى : استهلاكي واستعمالي .

المطلب الأول - المال المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم : كل ما كان محرراً بالفعل ، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها .

وغير المتقوم : ما لم يحرز بالفعل ، أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار^(١) ، مثال الأول : السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش فهي غير متقومة عرفاً . ومثال الثاني : الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً ، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة ويقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك ، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما ، فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه .

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية ؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . فلو أتلّفها مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانها . وقال غير الحنفية : لا يعتبران مالاً متقوماً ؛ لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية ، فلهما ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في موضعين :

الأول - صحة التعاقد عليه وعدمها : فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها . وغير المتقوم : لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود ، فيعده بيع المسلم خمرًا أو خنزيرًا بيعاً باطلاً ، ولو اشترى المسلم بخمرًا أو خنزيرًا كان الشراء فاسداً ، وسبب

(١) راجع المادة (١٢٧) من المجلة ، الدر المختار : ٤ / ١١١ وما بعدها .

الفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع ، فتقومه شرط انعقاد .
وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شرط صحة .

الثاني - الضمان عند الإتلاف : إذا أتلّف إنسان مالا متقوماً لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً . أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم . فلو أراق أحد خمرأ لمسلم أو قتل خنزيراً له ، لا يضمنه . أما لو أتلّفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية ، لأنه مال متقوم عندهم ، كما أوضحنا .

التقوم وعدمه عند القانونيين :

يختلف معنى التقوم وعدمه بين الشرعيين والقانونيين ، فهو عند الشرعيين كما عرفنا : ما يباح الانتفاع به شرعاً ، أو ما لا يباح ذلك .

وأما عند القانونيين : فالتقوم : ما كان ذا قيمة بين الناس . وعدم التقوم : هو خروج الأشياء عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فالأولى هي التي يشترك كل الناس في الانتفاع بها ولا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، كالهواء والبحار وأشعة الشمس . والثانية : هي الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالتخدرات الممنوعة والمواد الحربية المتفجرة ، وكل الأشياء المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المخصصة للنفع العام بالفعل .

وقد أخذت فكرة التقوم وعدمه من مفهوم المادة (٨٣) من القانون المدني التي تنص على ما يأتي :

١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن

يستأثر بميازمتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

يتبين من ذلك أن فكرة التقوم وعدمه تنبني في القانون على جواز التعامل في الشيء وعدم جوازه قانوناً . فالخمر مثلاً يجوز التعامل بها في القانون ولا يجوز التعامل بها في الشرع .

المطلب الثاني - العقار والمنقول :

للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار والمنقول ، أحدهما للحنفية ، والآخر للمالكية .

رأي الحنفية - المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى ، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات^(١) .

والعقار : هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالـ دور والأراضي^(٢) .

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض ، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه . أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليها حكم العقار . فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة . والمنقول يشمل ما عداها^(٣) .

(١) م ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) م ١٢٩ من المجلة .

(٣) رد المختار : ٤٠٨ / ٣ .

رأي المالكية - ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا : المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها . والعقار عندهم : هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض ، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر . فالبناء بعد هدمه يصير ألقاضاً ، والشجر يصبح أخشاباً^(١) .

وهذا الرأي هو المتفق مع القانون المدني السوري ، كما نصت المادة ٨٤ / ١ : « كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه ، دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

لكن توسع القانون في معنى العقار في الفقرة الثانية من هذه المادة ، فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استثماره ، حتى السداد والسك ، وبماها « عقاراً بالتخصيص » وهذا سائغ في مذهب المالكية . وأدخل فيه أيضاً في المادة (٨٥) الحقوق العينية المترتبة على العقار كحقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار . واعتبار هذه الدعوى عقاراً فيه إغراق في تصور معنى العقار .

هذا وقد يتحول المنقول إلى عقار وبالعكس ، مثال الأول : الأبواب والأقفال وتمديدات الماء والكهرباء تصبح عقاراً باتصالها بالعقار على نحو ثابت . ومثال الثاني : ألقاض البناء وكل ما يستخرج من الأرض من معادن وأحجار وتراب ، تصبح منقولات بمجرد فصلها عن الأرض .

وتظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في طائفة من الأحكام
الفقهية التالية :

(١) بداية المجهد : ٢ / ٢٥٤ .

١- الشفعة^(١) : تثبت في المبيع العقاري^(٢) ، ولا تثبت في المنقول ، إذا بيع مستقلاً عن العقار . فإن بيع المنقول تبعاً للعقار ثبت فيها الشفعة .

وكذلك بيع الوفاء^(٣) : يختص بالعقار دون المنقول .

٢- الوقف : لا يصح عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء إلا في العقار . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار كوقف أرض وما عليها من آلات وحيوان ، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح ، أو جرى العرف بوقفه كوقف المصاحف والكتب وأدوات الجنازة . ويصح عند غير الحنفية وقف العقار والمنقول على السواء^(٤) .

٣- بيع الوصي مال القاصر : ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو تحقيق مصلحة راجحة . وقد أنيط ذلك بإذن القاضي في قانون الأحوال الشخصية ؛ لأن بقاء عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه .

أما المنقول : فله أن يبيعه متى رأى مصلحة في ذلك .

وفي بيع مال المدين المحجوز عليه لوفاء دينه يبدأ أولاً ببيع المنقول ، فإن لم يف ثمنه انتقل إلى العقار تحقيقاً لمصلحة المدين .

٤- يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لبقية الفقهاء بيع العقار قبل قبضه من المشتري ، أما المنقول فلا يجوز بيعه قبل القبض أو التسليم ؛ لأن المنقول عرضة للهلاك كثيراً بعكس العقار .

(١) الشفعة : حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري ، بما قام عليه من ثمن وتكاليف مثل رسم التسجيل وأجرة السمار ونحوهما . وتثبت عند الحنفية للشريك والجار ، وعند غير الحنفية : تثبت للشريك فقط .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٢٠ .

(٣) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً بشرط أنه متى وفى الثمن استرد العقار (م ١١٨ م) .

(٤) الدر المختار ورد المختار : ٤٠٨/٢ - ٤١١ ، فتح القدير : ٤٨/٥ وما بعدها .

٥ - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار، دون المنقول .

٦ - لا يتصور غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إذ لا يمكن نقله وتحويله، ويرى محمد وسائر الفقهاء إمكان غصب العقار، وهذا الذي أخذت به المجلة (م ٩٠٥ وما بعدها) .

أما المنقول فيتصور غصبه باتفاق الفقهاء^(١) .

المطلب الثالث - المال المثلي والقيمي :

المال المثلي : ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل^(٢) . والأموال المثلية أربعة أنواع هي : المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدييات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض ، وبعض أنواع الذرعيات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوهما) : وهي التي تتساوى أجزاؤها دون فرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحرير، وألواح البلور، والأخشاب الجديدة . أما إن تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المماثل الأجزاء وكالأراضي ، فيصبح مالاً قيمياً لا مثلياً . وكما يعد المعداد المتعارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي ، كذلك يعد المعداد المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب ، والسيارات المنحدة النوع ، وأدوات غيارها ، والكتب الجديدة المطبوعة .

والمال القيمي : هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق ، أوله مثل ولكن مع التفاوت المعداد به بين وحداته في القيمة^(٣) ، مثل أفراد الحيوان والأراضي والأشجار

(١) وهناك أحكام قانونية تختلف بين العقار والمنقول : منها أن انتقال ملكية العقار لا يتم إلا بالتسجيل ، أما المنقول فلا حاجة في نقل ملكيته إلى التسجيل . ومنها أن الحيازة بسبب صحيح ومحسن نية في المنقول سند للملكية . أما العقار فإن حيازته ولو بسبب صحيح لا تثبت بها الملكية إلا بمضي خمس سنين (م ٩٢٧ ، ٩١٨) .

(٢) م ١٤٥ من المجلة .

(٣) م ١٤٦ من المجلة .

والدور وأنواع السجاد والبسط والأحجار الكريمة كالماس والياقوت والكتب
الخطوة أو المستعملة .

و يدخل في المال القيمي : العدييات المتفاوتة القيمة في أحادها كالطبخ والرمان
عند اختلاف أحجامها وأنواعها .

وقد ينقلب المال المثلي قيمياً وبالعكس ، وحالات انقلاب المثلي قيمياً
أربعة هي :

- ١- الانقطاع من السوق : إذا انقطع وجود المال المثلي من الأسواق انقلب قيمياً .
 - ٢- الاختلاط : إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين كحنطة وشعير ،
صار الخليط قيمياً .
 - ٣- التعرض للخطر : إذا تعرض المال المثلي للخطر كالحريق أو الغرق ، صار له
قيمة خاصة .
 - ٤- التعيب أو الاستعمال : إذا تعيب المال المثلي أو استعمل ، صار له قيمة خاصة .
- وانقلاب المال القيمي إلى مثلي يكون في حال الكثرة بعد الندرة ، فإذا كان المال
نادر الوجود في السوق ، ثم أصبح كثير الوجود ، صار مثلياً بعد أن كان له قيمة
خاصة .
- ويلاحظ أن المال المتقوم أعم من القيمي ، فالمتقوم يشمل القيمي والمثلي .

وتظهر فائدة التقسيم إلى مثلي وقيمي فيما يأتي :

- ١- الثبوت في الذمة^(١) : يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في

(١) سأوضح قريب معنى الذمة وخصائصها وبيدتها وانتهائها بمشيئة الله تعالى .

البيع ، عن طريق تعيين جنسه وصفته . ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية .

أما القمي : فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة ، فلا يصح أن يكون ثناً ، ولا تجري المقاصة بين الأموال القمية . وإذا تعلق الحق بمال قمي كرأس غنم أو بقر ، يجب أن يكون معيناً بذاته ، متميزاً عن سواء ، بالإشارة إليه منفرداً ، لا مشاراً إليه بالوصف ؛ لأن أفراد المال القمي ولو من نوع واحد غير متاثلة ، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة .

٢- كيفية الضمان عند التعدي أو الإتلاف : إذا أتلف شخص مالاً مثلياً ، مثل كمية من القمح أو السكر ، وجب عليه صان مثله ، حتى يكون التعويض على أكل وجه ، والمثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة ومعنى ، أي مالية . أما القمي فيضمن المتعدي قيمته ؛ لأنه يتعذر إيجاب مثله صورة ، فيكتفى بإيجاب مثله معنى ، أي من ناحية المالية ، وهي القيمة .

٣- القسمة وأخذ النصيب : تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك ، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه . أما القمي : فلا تدخل فيه القسمة الجبرية ، ولا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز والمبادلة ، فإذا كان المال مثلياً كانت جهة الإفراز هي الراجعة لتماثل أجزائه . وإذا كان قيمياً كانت جهة المبادلة هي الراجعة لعدم تماثل أجزائه ، فكانه أخذ بدل حقه لاعتينه .

٤- الربا : الأموال القمية لا يجري فيها الربا المحرم ، فيجوز بيع غنمة بغنمتين ، أي يجوز بيع القليل بالكثير من جنسه . أما الأموال المثلية فيحري فيها الربا الحرام الذي يوجب تساوي العوضين المتجانسين في الكمية والمقدار ، وتكون الزيادة حراماً . فلا يجوز بيع قنطار من القمح بقنطار ورع مثلاً ، لاشتغال البيع على ما يسمى بربا الفضل ، وهذا الربا يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط .

الذمة المالية وخصائصها :

لا يتصور ثبوت دين على إنسان إلا بتصور محل اعتباري مفترض مقدر وجوده في كل إنسان . وهذا المحل المقدر المفترض هو الذمة ، فالذمة تختلف عن الأهلية ، إذ أن الأهلية : هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات . وتحمل الواجبات أو الالتزامات يستلزم وجود محل في الشخص تستقر فيه تلك الواجبات أو الديون . وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين ، وتكمل أهلية الوجوب بالولادة .

وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية : وهو عنصر المديونية أو الالتزام ، فالأهلية هي الصلاحية ، والذمة محل الصلاحية . فالذمة : هي محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات^(١) .

أولاً - خصائص الذمة :

للذمة الخصائص التالية :

١ - الذمة من صفات الشخصية الطبيعية وهو الإنسان أو الاعتبارية كالشركات والمؤسسات والأوقاف والمساجد . فلا ذمة للجنين قبل ولادته ، فلا تصح الهبة له ، لكن تصح الوصية له بشرط ولادته حياً ، ولا ذمة للحيوان ، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تمليكها فالوصية باطلة ، لكن لو كان يقصد الإنفاق عليها صحت الوصية ، ويكون المقصود بها مالها . ولا يتعين صرف الموصى به للنفقة على الدابة عند الخنفة^(٢) ، ويتعين ذلك لعلف الدابة عند الشافعية^(٣) .

(١) الدحل إلى نظرية الالتزام في الفقه للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ١٢٣ .

(٢) الدر المختار - ٤٥٩/٥ ، ٤٦٢ .

(٣) مفتي المحتاج . ٤٢/٣ .

٢ - لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة ، حتى ولو كانت فارغة بريئة ؛ لأن الذمة من توابع الشخصية ، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب ، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية ، فتلازم الإنسان منذ وجوده .

٣ - لا تتعدد الذمة ، فلكل شخص ذمة واحدة ، ولا اشتراك بين أشخاص في الذمة .

٤ - الذمة لاحد لسمتها ، فهي تتسع لكل الديون مهما عظمت ؛ لأن الذمة ظرف اعتباري ، يتسع لكل الالتزامات .

٥ - الذمة متعلقة بالشخص ، لا بأمواله وثروته ، ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه ، فله التجارة والبيع ولو كان مديناً بأكثر مما يملك . وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت . ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه .

٦ - الذمة ضمان عام لكل الديون بلا تمييز لدين على آخر إلا إذا وجد لصاحب دين حق عيني كالرهن ، أو كانت بعض الحقوق الشخصية ذات امتياز كنفقات التجهيز والتكفين ، ودين النفقة للزوجة والأولاد الصغار ، وديون الضرائب الحكومية .

ثانياً - انتهاء الذمة :

تبدأ الذمة بالولادة وتنتهي بالوفاة ، وللفقهاء آراء ثلاثة في انتهاء الذمة .

الرأي الأول للحنابلة في رواية عندهم^(١) - انهدام الذمة بمجرد الموت : لأن الذمة من خصائص الشخصية ، والموت يعصف بالشخص وبذمته . وأما الديون فتتعلق عند أكثر الحنابلة بالتركة ، فن مات ولا تركة له سقطت ديونه .

(١) القواعد لابن رجب : ص ١٩٣ وما بعدها .

الرأي الثاني للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة^(١) - بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة : تبقى الذمة بعد الموت حتى تصفى الحقوق المتعلقة بالتركة . فيصح للميت اكتساب حقوق جديدة بعد موته كان سبباً لها ، كمن نصب شبكة للاصطياد ، فوقع فيها حيوان ، فإنه يملكه ، وتظل ذمة الميت باقية بعد موته حتى تسدد ديونه ، لقوله عليه السلام : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »^(٢) . ويمكن أن تشغل ذمة الميت بعد موته بديون جديدة ، كشغلها بثن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب عيب ظهر فيه . وكالتزامه بضمان قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته ، في الطريق العام . وتصح الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من ديون ؛ لأن النبي ﷺ صحح هذه الكفالة . وتصح عند المالكية لا الشافعية والحنابلة الوصية لميت . ويقتصر أثر الموت في هذا الرأي على عدم مطالبة الميت بالحقوق وإنما يطالب ورثته بأداء الحقوق لأصحابها .

الرأي الثالث للحنفية - ضعف الذمة :

إن الموت لا يهدم الذمة ، لكن يضعفها ، فتسقى بقدر الضرورة لتصفية الحقوق المتعلقة بالتركة التي لها سبب في حال الحياة . فيكتسب الميت بعد موته ملكية جديدة كما في صورة نصب الشبكة للصيد ، ويلتزم بالديون التي تسبب بها الشخص قبل موته ، كرد المبيع المعيب عليه والتزامه بالثن ، وضمان ما وقع في حفرة حفرها في الطريق العام . لكن لا تصح كفالة دين على ميت مفلس عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين^(٣) . ولا تصح الوصية للميت أو الهبة له . وبهذين الحكمين الأخيرين يفترق الرأي الثالث عن الرأي الثاني .

(١) منفي المحتاج : ٤٠/٣ ، المعنى : ٢١/٦ .

(٢) رواه أحمد والرمذي وأبو ماجه والحاكم عن ابن هريرة ، وهو صحيح

(٣) البدائع : ٦/٦ ، فتح القدير : ٤١٩/٥ .

المطلب الرابع - المال الاستهلاكي والاستعمالي :

المال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، كأنواع الطعام والشراب والخطب والنفط والورق والنقود . فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ماعدا النقود إلا باستئصال عينها ، وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكيها ، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل .

والمال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها .

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة ، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة . فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالا استهلاكياً ، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالا استعمالياً .

وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي :

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود . فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام .

والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة .

فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده ، صح أن يرد على كلا النوعين : الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع ، يصح ورودها على كل من النوعين على السواء .

الفصل الثالث

الملكية وخصائصها

يشتمل على مطالب خمسة :

المطلب الأول - تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع^(١) تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والملك كما يطلق على هذه العلاقة ، يطلق أيضاً على الشيء المملوك ، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك بأنه ما ملكه الإنسان ، سواء أكان أعياناً أو منافع . وعلى هذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وعلى هذا ، فالملك أعم من المال عندهم .

والملك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به أي الانفراد بالتصرف فيه .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد^(٢) ، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به ، لأن الشرع هو مصدر الحقوق ، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً ، وإنما هو منحة إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لصلحة الجماعة .

(٢) راجع فتح القدير : ٧٤ / ٥ ، الفروق للعراقي : ٢٠٨ / ٣ وما بعدها .

المالك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالا بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، واختصاصه به يمكنه من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوها هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

المطلب الثاني - قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١- ما لا يقبل التملك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال أي الأموال الحرة في عرف القانونيين فالأموال الموقوفة لا يباع ولا يوهب إلا إذا

تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده ، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله^(١) .

وأملك بيت المال (أو وزارة المالية ، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة ، كالحاجة إلى ثمنها ، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحو ذلك ؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة .

٣- ما يجوز تملكه وتقليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ما عدا النوعين السابقين .

المطلب الثالث - أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً . ولا يقبل الإسقاط ، فلو غصب شخص عيناً مملوكة لآخر ، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي ، فلا تسقط ملكيته وسقى الشيء ملكاً له ، وإنما يقبل النقل ، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع ، أو الميراث أو الوصية .

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء ، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجارة ، لأنه

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرمناً أخرى للحاجة والمصلحة ، فقالوا : يجوز للقاضي التزيه المعدل الإذن باستبدال الوقف ، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يمر به ، وأن لا يكون البيع بمن فاحش ، وأن يستدل بمقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المختار : ٤٢٥ / ٢)

يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف بها معاً ، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلّف المالك ما يملكه لا ضمان عليه ؛ إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص واحد ، لكن يؤخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤخذ قضاء فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

والمالك الناقص : هو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة ، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً ، بقطع النظر عن الشخص المنتفع ، وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في العقار .

المطلب الرابع - أنواع الملك الناقص :

وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

أ - ملك العين فقط :

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكة لشخص آخر ، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له ، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث ، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة . فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي ، فتعود ملكيتهم تامة .

وفي هذه الحالة : ليس لمالك العين الانتفاع بها ، ولا التصرف بمنفعتها أو بالعين ، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة ، وملكية المنافع قد تكون مؤقتة دائماً ؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

٢- ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع^(١) :

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تملك المنفعة بغير عوض . فلمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته : لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض ، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تملك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المتنتفعين ، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لابد من إذن المالك المؤجر .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد ، فليستعير أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقضيه العرف والعادة ، من وقف داره لسكنى الطلاب المبرء كان للطلاب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنفعة فقط ، وليس له تملك غيره ، وهذا الرأي هو المعمول به قابولاً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص بكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بهاء على إذن عام كحق الانتفاع بالمتاع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أدن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ونحو ذلك . فليس لمنفعة أن يملك المنفعة لغيره ، فتملك الانتفاع . هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويملك غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة (راجع المروق للقرافي ١٠ / ١٨٧ ، المروق ٣٠)

إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثار ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمروور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك :

هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن يستفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحو ذلك .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعة ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١- يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند انشائه ، بعكس

الملك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، ويمكن معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٣- عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء غيرهم : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة .

٢- لصاحب حق المنفعة تسليم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤- على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة ، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥- على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع . كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١- انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢- هلاك العين المنتفع بها أو تعييبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة ، كأنهدام دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصي بركوب سيارة ثم عطّلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣- وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤- وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر .

وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم ، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد . وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الوصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٢- ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظر إلى المالك . مثل حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

الفقه الإسلامي ج١ : (٥)

أما حق الشرب : فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي .
وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع^(١) :

أ- ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الإضرار بالغير ، لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاً والنار » وحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

ب- ماء الجداول والأنهار الخاصة ، المملوكة لشخص : لكل إنسان حق الشفة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

ج- ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبي صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماء قريباً آخر .

د- الماء المحرز في أوان خاصة : كالجرار والصهاريج ، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء ؛ لأن الرسول عليه السلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ، لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير »

(١) البدائع ١٨٨/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٤٤/٨ ، القوانين المغوية : ص ٢٣٩ ، هاية المحتاج : ٢٨٨/٤ ، لمعي ٥٣٦/٥ .

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس لجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى لطلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بين .

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يرفيه سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام بحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : بحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه .

وحق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجاني ، وفيه حقان :

أ - حق التعلّي : وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفلى .

ب - حق الجوار الجاني : وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلّي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفلى ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفلى أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر ، وإذا تهدم السفلى وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن

القاضي أو إذن صاحب السفل ، فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالاتفاق .

وليس لصاحب الجوار الجاني إلا حق واحد وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب أو نافذة في الطابق الأسفل ، أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف ، فهذه تختلف في منعها^(١) . فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي يتعلق بها حق الغير هو المنع والخطر ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر ، ويتوقف ماعده على إذن صاحب الحق ورضاه . وهذا الرأي هو الملقى به عند الحنفية .

وقال الصحابيان : الأصل في ذلك الإباحة ؛ لأن صاحب العلو تصرف في ملكه ، والمالك حر التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر لغيره ييقن ، فيمنع منه حينئذ ، ويبقى ماعده على الإباحة ، وهذا الرأي في تقديره هو المعقول الواجب الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجاني والعلوي واحداً ، وهو إباحة التصرف في الملك ما لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بالجوار ، فإن وقع الضرر ، وجب على المتعدي ضمانه ، سواء أكان الضرر مباشراً أم بالتسبب . وهو رأي المالكية وباقي المذاهب أيضاً^(٢) .

(١) فتح القدير : ٥٠٣/٥ ، رد المختار على الدر المختار لابن عابدين : ٢٧٣/٤ ، ط الباني الحلبي ، السدائ : ٢٦٤/٦ ، البحر الرائق : ٢٢/٧ ، تبين الحقائق للزبيدي : ١٩٧/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٤١ ، نيل الأوطار : ٣٦١/٥ ، ط العثمانية

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

- ١ - حق الارتفاق يكون دائماً مقررأ على عقار، فتتقص به قيمة العقار المقرر عليه ، أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته ، وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة .
- ٢ - حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار . أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .
- ٣ - حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك . وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم .
- ٤ - حق الارتفاق يورث حق عند الحنفية الذين لا يعدونه مالا ؛ لأنه تابع للعقار . وأما حق الانتفاع فختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا .

الثاني - خصائص حقوق الارتفاق

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة .

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى مالم يترتب على بقائها ضرر بالغير ، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها ، فيزال المسيل القذر في الطريق العام ، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمتنفعين ، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بالسرعة الفائقة ، أو في الاتجاه المعاكس ، عملاً بالحديث النبوي المتقدم « لا ضرر ولا ضرار » ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه^(١) .

(١) الدر المختار ورد المحتار . ٤٢٧/٥ .

وأما الأحكام الخاصة فسنذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها .

الثالث - أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ - الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة ، لأن هذه المنافع شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ - الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له ، فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ - التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

المطلب الخامس - أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخلفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على مالمس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقدم^(١) .

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية - أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٢٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ وما بعدها من القانون المدني السوري

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية^(١) ماعدا الحيازة والتقادم (وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين^(٢) ، توفيراً لوقت القضاة ، وتجنباً لما يشار من مشكلات الإثبات ، وللمشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاءه له ديانة . فن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكْتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكا ، إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة ، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بمحدث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه »^(٣) .

١ - الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم توجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلاً والخطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتميز هذا النوع بما يأتي :

- (١) ملاحظ أن المادة (١٢٤٨) من الخطة اقتصر على الأسباب الثلاثة الأولى للهلك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .
- (٢) حده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .
- (٣) انظر بحث احيارة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد لحواد : ص ٥٠-١٨ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعته مثل المدونة ٣٣/١٣٠ ، وثبيرة الحكام عن هامش فتح الباني ١/١١١ ، ٣١٧/٢ وما بعدها .

أ - أنه سبب منشيء للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوهما) فإن الملكية الحادثة مسبقة بملكية أخرى .

ب - أنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .

ويشترط للملك بهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما - ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى عالم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه السلام .

ثانيهما - قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يملك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له أنواع أربعة :

أولاً - إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : مائس مملوكاً من الأرضين : ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كمتطبخ لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يمد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لا بد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والزراعة والحرق وحفر البئر. وعمل مستصلح الأرض لإحيائها يسمى فقهاً « التحجير » وقد حدد بثلاث سنين ، قال عمر « ليس لمتعجر بعد ثلاث سنين حق » .

ثانياً - الاصطياد : الصيد : هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد . ويتم إما بالاستيلاء الفعلي على المصيد ، أو بالاستيلاء الحكمي : وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار ، كاتخاذ الحياض لصيد الأسماك ، أو الشباك ، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والفهود والجوارح المعلقة^(١) .

والصيد حلال للإنسان إلا إذا كان محرماً بالحج أو العمرة ، أو كان المصيد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قال تعالى : ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ .

والصيد من أسباب الملكية ، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الاستيلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة « الأمور بمقاصدها » . فمن نصب شبكة فتعلق بها صيد ، فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليه ، لأن نيته لم تتجه إليه . وإن كان قد نصبها للصيد ، ملكه صاحبها ، وإن أخذه غيره كان متعدياً غاصباً . ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليه يده إلا إذا كان صاحب الأرض هيأها لذلك .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فأغلق صاحبها الباب لأخذه ، ملكه وإن أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعول في تملكه على نية صيده ، وإلا فامن سبقت إليه يده .

(١) قال تعالى : ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم ، قل : أحل لكم الطيبات ، وما علمتم من الجوارح مكلين ، تعمونهم مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، وذكروا اسم الله عليه ، واتقوا الله ، إن الله سريع الحساب ﴾ (المائدة / ٤)

ثالثاً - الاستيلاء على الكلاً والآجام :

الكلاً : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلاً : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم من ذلك ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلاً والنار »^(١) .

وأما الآجام فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة . فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة .

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض ، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلاً ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلاً .

رابعاً - الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

والكنز : مادفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

(١) البدائع : ١١٣/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والمعدن والكنز يشملهما عند الحنفية كلمة « الركاﺯ » : وهو ما ركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمها واحد في الحديث النبوي : « وفي الركاﺯ الخمس »^(١) .

وقال المالكية والشافعية : الركاﺯ : دفن الجاهلية . والمعدن : دفن أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .

أما تملك المعادن فلفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم^(٢) : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم^(٣) : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مساحة تبعاً للأرض .

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) التوايين المقهية . ص ١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المختار : ٦١/١ وما بعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المعنى : ٢٨٧/٣ .

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة ، والباقي للواحد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كاللأس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والتفط ، فلا يجب فيها شيء للدولة ؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب في ذلك شيء للدولة .

وقال غير الحنفية : لا يجب في المعادن شيء للدولة ، لا الخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجاء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفن أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيه . وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة .

حكم الكنز :

وأما الكنز فهو ما دفنته الناس ، سواء في الجاهلية أم في الإسلام ، فهو نوعان : إسلامي وجاهلي :

فالإسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحو ذلك .

والمشبه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه إسلامي لتقدم العهد . وإن وجد كنز

مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعد كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية^(١) .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسة لبيت المال (خزانة الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ففيها اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أولورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد خصص القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسة لمكتشفه ، والخنس الأخير لخزينة الدولة .

٢ - العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

(١) فتح القدير : ٢٠٧/٣ ، البدائع : ٢-٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٢٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ،

المغني : ٦٣٦/٥ .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان^(١) :

الأولى : العقود الجبرية التي تجرئها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة . فالمتلك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري : وله صورتان :

أ - الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب - الاستلاك للمصالح العام : وهو استلاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحو ذلك .

والمتلك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة . وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع مال المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٢ - الخلفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خلفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمن .

والإرث سبب جبري للمتلك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمن : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ج ١٠٥ .

منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب . ويدخل فيه الدييات وأروش الجنايات أي الأعواض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤ - التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان ذلك بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه ، وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمره الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع لمالك الأرض ، لقوله ﷺ : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء » ، وله نفقته ^(١) .

(١) رواه الحجة إلا النسائي عن رافع بن خديج ، قال البخاري : هو حديث حسن (نيل الأوطار : ٣١٨/٥ وما بعدها) .